

DERECHO Y ECONOMÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DE REGISTRO DE BIENES

Rodrigo Andrés Moscoso Valderrama**

Fecha de Recepción: 2 de noviembre de 2011

Fecha de Aceptación: 12 de septiembre de 2012

Artículo de reflexión

Forma de citación: Rodríguez, R. (2012). El derecho de autor en Colombia desde una perspectiva humanista. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, 15, 30, 177-197.

Resumen

Bouckaert describe la función registral de propiedades o lo que él denomina el “*sistema de títulos*”, como “(…) una institución jurídica basada en la evidencia escrita del estado legal de unos activos que son sistemáticamente registrados”. (Bouckaert, 2010). En aquellos ordenamientos jurídicos en donde la transmisión de la propiedad se realiza mediante el sistema registral, la eficiencia del orden económico de dicha jurisdicción dependerá, en gran medida, de la coherencia del sistema registral con la definición y el contenido de los derechos de propiedad en el mercado. ¿Puede entonces ser un error el condicionar la transmisión de la propiedad a la realización de un registro bajo un conjunto de requisitos legales? ¿Qué determina la necesidad o no del registro desde la teoría jurídica de los bienes? Este trabajo pretende entonces hacer una reflexión de esta temática desde el ordenamiento jurídico colombiano.

Palabras clave

Función pública del registro de bienes, registro inmobiliario, registro mercantil y análisis económico del derecho.

LAW AND ECONOMICS OF PUBLIC PROPERTY RECORD

Abstract

Boudewijn Bouckaert describes the public registry or “*Title System*”, as a “(…) *legal institution based on written evidence of the legal status of assets that are systematically recorded*”. (Bouckaert, 2010).

In legal systems where the registry system it's used for the transfer of properties, the efficiency of the economic order of said jurisdiction will depend in great measure of the coherency of the registry system with the definition and content of the property rights in the market.

** Abogado, docente e investigador. Egresado de la Maestría en Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad La Gran Colombia (en curso). Correo electrónico: longinos44@gmail.com. *Conquiro veritas*.

Could be a mistake to establish a recording system as a condition to transfer property rights?
What determines the need of the registry from a juridical theory of property perspective?

This article will reflect about these themes from the perspective of the Colombian legal system.

Keywords

Public and property records, real state register, commercial register, economic analysis of law.

DIREITO E ECONOMIA DO REGISTRO DE PROPRIEDADE PÚBLICO

Resumo

Boudewijn Bouckaert descreveu a função de registro de propriedades ou o que ele chama “*sistema de títulos*”, como “(...) *uma instituição jurídica com base nas provas escritas do estatuto jurídico dos bens que são sistematicamente registradas*”. (Bouckaert, 2010). Nas jurisdições em que a transferência de propriedade é feita através do sistema de registro, a eficiência econômica de tal jurisdição depende muito da consistência do sistema de registro com a definição e conteúdo dos direitos de propriedade no mercado.

Pode haver um erro para fazer a transferência da propriedade para realizar uma busca no âmbito de um conjunto de requisitos legais? O que determina se ou não o registro a partir da teoria jurídica da propriedade?

Este trabalho visa então a refletir sobre esta questão da perspectiva do sistema judicial colombiano.

Palavras-chaves

Serviço de registro civil da propriedade, registro de imóveis, registro comercial, análise econômica do direito.

INTRODUCCIÓN

La libertad económica contemplada en el marco del Estado Social de Derecho, ha sido definida por la doctrina constitucional, en sentencia T-425 de 1992, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón, como “(...) una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio” (Numeral 5 del artículo 2 del Decreto Nacional 4065 de 2008).

Se concibe, entonces, la libertad económica como el género que engloba todas las garantías constitucionales necesarias para que las personas, puedan crear, mantener o incrementar su patrimonio económico. De tal género resultan los siguientes derechos y libertades constitucionales como ámbitos de ejercicio de dicha libertad: la libertad de profesión u oficio (Art. 26 C.N.); el derecho “del y al” trabajo (Arts. 53 C. N.); el derecho sindical (Art. 39 C.N. en concordancia con los artículos 54 al 57 C.N.); el reconocimiento y la libre autonomía de la voluntad privada - libertad

contractual - (Art. 83 C.N. en concordancia con los artículos 14, 16 y 94 C.N.); la libertad de asociación (Art. 38 C.N.); la libertad y el derecho a la empresa y a la libre competencia económica (Arts. 333 en concordancia con los artículos 58, 334 al 338, 365 y 367 C.N.), y, por ende, el reconocimiento del derecho a la propiedad privada (Arts. 58 y el numeral 24 del 150 C.N.).

La propiedad privada, como uno de los ejes de la libertad económica, se refiere a la facultad que permite a los individuos usar, gozar y disponer de sus bienes muebles o inmuebles, corporales e incorporeales, con arreglo a la función social y ecológica del dominio, el reconocimiento de los derechos adquiridos, las leyes civiles y el ordenamiento jurídico en general (artículos 669 y 670 del Código Civil – C.C.).

En igual sentido, Furuboth y Richter la describen como

(...) Property rights in the sense of the property-rights approach are sanctioned ownership rights in material and immaterial things or claims from contractual or noncontractual obligations. (...) There exist (a) property rights in the legal sense, and (b) in the non-legal sense. a) Property rights in the legal sense: In Anglo-American common law, property rights are related to both, tangibles (physical objects) and intangibles (patents, copyrights, contract rights, etc.).

b) Property rights in the non-legal sense: Rights which are not sanctioned by law but by convention. Example: The customer relationship (Furuboth & Richter, 2005, p. 83).

Aunque la concepción anglosajona de los derechos de propiedad, no se ajusta plenamente a la noción de derecho real *ius ad rem*, puesto que es mucho más amplia hasta el punto de vincular a la *obligatio est juris vinculum* no como propter in rem sino como “(...) Rights which are

not sanctioned by law but by convention (...), incluye indudablemente el *ius utendi*, *ius fruendi*, *ius abutendi*.

El artículo 669 del Código Civil colombiano, lo define como (...) *el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno*.

Son elementos de dicha concepción el uso (destinación), goce (explotación económica), disposición (transferencia de la titularidad del derecho o su limitación mediante un usufructo o un gravamen) de toda clase de bienes, de los cuales se derivan los atributos de persecución y preferencia, dentro de los límites de la función social y ecológica a la cual se encuentra afectada la propiedad.

Se entiende atributo de persecución aquel que le permite al propietario perseguir el bien en manos de quien esté mediante los mecanismos policivos y judiciales de protección del dominio. Mientras que la preferencia conlleva a que en una controversia entre poseedor y propietario se prefiera el derecho de dominio del titular al hecho de la posesión, siempre y cuando éste primero se acredite con el continuo y público ejercicio de la propiedad, en cumplimiento de la función social que impone al titular el deber de hacerla productiva.

Estos ámbitos de ejercicio del dominio en materia legal, no distan en gran medida de la vista económica. Ostrom (2000), premio Nobel de Economía del año 2009, coincide en identificar cinco clases de derechos cuya combinación da origen a diferentes tipos de *property rights*. Tales derechos son la accesibilidad, la capacidad de extracción, la administración, la capacidad de extracción, y la administración dentro del concepto más amplio de “derechos de uso”, y señalan como componentes básicos de los derechos de propiedad a los derechos de uso, exclusión y transferibilidad de los activos sobre los cuales se aplican.

Shavell (2003) los clasifica en dos únicos tipos de derechos que guardan una estrecha relación con el ámbito de aplicación de los tres elementos que se han mencionado como parte de la propiedad, en el ordenamiento jurídico colombiano de tradición franco germana, así:

(...) I will use the term “property rights” to refer broadly to two subsidiary types of rights, possessory rights and rights of transfer. (...) What are often called possessory rights allow individuals to use things and to prevent others from using them. (...) The other type of right associated with the notion of property rights is a right to transfer a possessory right to give it to another person (usually, in exchange for something). Closely related, but distinct, is the right of the recipient subsequently to transfer his possessory right to another person (and for that person to do the same, and so forth). We will assume unless otherwise noted that rights to transfer his possessory right implicitly include these subsequent-order rights to transfer.

Si se sitúa la propiedad desde el *right to transfer a possessory right to give it to another person*, los propietarios pueden llegar a transar operaciones económicas que transfieran a terceros al ejercicio de los tres atributos en conjunto (compraventa: uso – goce – disposición), u otras en las que solamente se autoriza al ejercicio de algunos de ellos (arrendamiento: uso – goce), sin que, con esto último, afecte la facultad de enajenar libremente sus bienes (disposición). De ahí, que dichas operaciones se basan en los acuerdos de voluntades que constituyan las partes (contratos, acuerdos y convenios). No obstante, por existir contratos o títulos referentes a uno o todos los atributos de la propiedad, se crean elementos particulares que los diferencian respecto a su forma de constitución o terminación.

Tales contratos, no obstante las diferencias en su constitución o terminación respecto de su objeto formal, guardan en común, respecto de su objeto material, el sometimiento a un

modo de transferencia de la propiedad, que a su vez se encuentra ligado a las formalidades o solemnidades civiles o comerciales de acuerdo al tipo de bien o al interés público que ha identificado el legislador en él. Una de las solemnidades más comunes es el registro público del instrumento o título, momento a partir del cual se establece la transferencia del derecho de propiedad sobre inmuebles y para ciertos muebles y bienes incorporales en Colombia.

Precisamente, una de las grandes distinciones entre el régimen jurídico de los bienes muebles e inmuebles, corporales e incorporales se refiere al modo de transferir el dominio con o sin la necesidad de un registro. No obstante, todos los derechos reales en Colombia requieren para su transferencia del acompañamiento del título y modo, sea esté último solemne o no (Art. 756 C.C.). El solo certificado del registro o la sola escritura pública o privada por sí sola no son plena prueba del dominio; se requiere de ambos para delimitar su existencia y su alcance. Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, (16 de diciembre de 2004) afirmó:

“(...) Sobre este particular ha expresado la Sala que el “título no dice sino que un sujeto se obligó; que restringió su libertad en la medida que hoy está sujeto a una determinada actitud, que consiste en dar, hacer o no hacer una cosa. El que contrata, es cierto, simplemente es un contratante; hay que suponer que allí necesariamente surgieron obligaciones, pues que el contrato es por antonomasia, bien pudiera decirse, la gran fábrica de las obligaciones. Hasta ese momento para nada se ha rozado el concepto del derecho real; porque para que éste brote o simplemente mude, es menester que ocurra algo más que el simple título: en términos concisos, que quien resultó obligado por ese título, cumpla; esto es, extinga la obligación. Así, el vendedor, el mero contratante, no hace que el dominio se radique desde ya en cabeza del comprador, porque hasta allí no han

realizado más que el simple título. Ese algo más, que de menos se echa, es que el vendedor cumpla la obligación de transferir el dominio; lo que acontecido válidamente (sic), toma el nombre de tradición, que es precisamente el modo que hasta entonces se echaba de menos. Por manera que solamente cuando a la realización del título se suma la del modo, prodúcense ahí sí consecuencias jurídicas en punto de los derechos reales. El propietario anterior, quien entre tanto era apenas vendedor, al realizar el modo de la tradición, deja de serlo, porque tal derecho real de dominio se ubica entonces en cabeza del adquiriente, quien, correlativamente, en el entretanto, no fue más que un mero comprador o simple contratante” (cas. civ. de. 20 junio de 2000. Cfme: Sentencias Nos. 031 de 6 de mayo/98; 084 de 29 de septiembre/98; 020 de 9 de junio/99 y 029 de julio 29/99”).

Esta última peculiaridad de la propiedad, la función pública de registro de bienes, es el objeto del análisis económico que se pretende realizar con este escrito, desde la perspectiva del análisis económico del derecho clásico. Para tal efecto, se establecerá un marco teórico de los dos casos jurídico - registrales más significativos en la legislación colombiana para, con ello, contar con los elementos normativos para realizar el análisis económico.

1. LOS BIENES SUJETOS A LA FUNCIÓN PÚBLICA REGISTRAL EN COLOMBIA

1.1. Registro e inmuebles. Tanto la función registral, como la catastral guardan una estrecha relación alrededor de los actos jurídicos de transferencia de la propiedad inmueble.

Desde el punto de vista catastral, por predio se entiende aquel inmueble de propiedad de una persona natural o jurídica, o de una comunidad situado en una unidad orgánica catastral y no separado por otro predio público y privado

(Resolución No. 2555 de 1988, arts. 9 y 11). Por tal razón, el proceso de formación catastral se refiere al proceso o actividad administrativa tendiente a obtener la información física, jurídica, fiscal o económica de una unidad catastral, esto es, del predio que se encuentra en el municipio objeto de estudio (IGAC, Resolución No. 2555 de 1988, art. 28).

La norma urbanística lo define como el terreno o lote individualizado con un folio de matrícula inmobiliaria (Decreto Nacional 4065 de 2008, art. 2, num. 5).

Ahora en cuanto a la función registral, el artículo 49 del Decreto Ley 1250 de 1970, Estatuto del Registro de Instrumentos Público, establece

Cada folio de matrícula de propiedad inmobiliaria corresponderá a una unidad catastral y a ella se referirán las inscripciones a que haya lugar. En consecuencia, cuando se divida materialmente un inmueble o se segregue de él una porción, o se realice en él una parcelación o urbanización, o se constituya en propiedad por pisos o departamentos, el Registrador dará aviso a la respectiva oficina catastral para que esta (sic) proceda a la formación de la ficha o cédula correspondiente a cada unidad.

De lo anterior, se infiere que la referencia a *unidad catastral* es sinónimo de predio en materia catastral y registral.

Ahora bien, en cuanto al concepto de predio matriz, se puede decir que es aquel lote individualizado que ha sido objeto de segregación o fraccionamiento en nuevos predios como consecuencia de una división material y/o jurídica. El adjetivo *matriz y/o de mayor extensión* se aplica a la denominación del predio original respecto de los segregados o fraccionados de este.

El concepto propuesto de mayor extensión y/o matriz resulta, igualmente, coherente con la noción de unidad catastral, como aquella que identifica a un predio con un folio de

matrícula inmobiliaria y un código catastral; es decir, es un solo objeto material tanto del registro de la mutación del dominio como de la formación catastral, de tal manera que de los segregados o fraccionados, mediante división jurídica, generan matrículas y códigos catastrales vinculados entre sí, pero independientes a la unidad matriz (artículos 3 y 4 del Decreto Nacional 1711 de 1984).

De ahí que el artículo 50 del Decreto Ley 1250 de 1970, Estatuto del Registro de Instrumentos Público, disponga que

(...) siempre que el título implique fraccionamiento de un inmueble en varias secciones o englobamiento de varias de éstas en una sola unidad, se procederá a la apertura de nuevos folios de matrícula, en los que se tomará nota de los folios de donde derivan.

En cuanto a los predios rurales, el artículo 44 de la Ley 160 de 1994 prohíbe el fraccionamiento por debajo de la extensión determinada por el extinto Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA), hoy Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER), para la Unidad Agrícola Familiar (UAF); es decir, son una especie que no admite división material, so pena de nulidad absoluta del acto o contrato jurídico (Corte Constitucional, sentencia C-006 de 2002,). De dicha prohibición se exceptúan los predios rurales que, no obstante contar con una extensión superficiaria inferior a la mencionada, se encuentren en cualquiera de los presupuestos fácticos que a continuación se enuncian:

- a. Las donaciones que el propietario de un predio de mayor extensión haga con destino a habitaciones campesinas y pequeñas explotaciones anexas.
- b. Los actos o contratos por virtud de los cuales se constituyan propiedades de superficie menor a la señalada, para un fin principal distinto a la explotación agrícola.
- c. Los que constituyan propiedades que por sus condiciones especiales sea el caso de considerar, a pesar de su reducida extensión, como *Unidades Agrícolas Familiares*, conforme a la definición contenida en el inciso segundo del literal b del artículo 38 de la Ley 160 de 1994.
- d. Las sentencias que declaren la prescripción adquisitiva de dominio por virtud de una posesión iniciada antes del 3 de agosto de 1994, y las que reconozcan otro derecho igualmente nacido con anterioridad a ella.
- e. Cuando en las particiones hereditarias, el valor de los bienes relictos y el número de asignatarios no permiten adjudicar tales bienes en las proporciones establecidas por la ley o el testamento, sin que con ello resulte la constitución de fundos inferiores a una (1) Unidad Agrícola Familiar, el Juez podrá aplicar el numeral 1º del artículo 1394 del Código Civil.

En cuanto a los urbanos, resulta necesario interpretar, en este punto, el contenido del parágrafo del artículo 2 de la Ley 66 de 1968, modificado por el Decreto Ley 2610 de 1979:

1. (...) Entiéndase por actividad de enajenación de inmuebles: La transferencia del dominio a título oneroso de las unidades resultantes de toda la división material de predios.
2. La transferencia del dominio a título oneroso de las unidades resultantes de la adecuación de terrenos para la construcción de viviendas.
3. La transferencia del dominio a título oneroso de las unidades resultantes de la edificación o construcción de viviendas en unidades independientes o por el sistema de propiedad horizontal.
4. La transferencia del dominio a título oneroso de viviendas en unidades independientes o sometidas al régimen de propiedad horizontal.
5. La celebración de promesas de venta, el recibo de anticipos de dinero o

cualquier otro sistema que implique recepción de los mismos, con la finalidad de transferir el dominio de inmuebles destinados a vivienda.

Parágrafo.- La actividad de enajenación de inmuebles a que se refiere el presente artículo se entiende desarrollada cuando las unidades habitacionales proyectadas o autorizadas por las autoridades metropolitanas, distritales o municipales, sean cinco (5) o más.” (Subrayado fuera de texto).

De lo anterior, se infiere que el sentido de la norma es someter a un control policivo y a un escenario de responsabilidad penal a aquellas personas que fraccionen un predio en más de cinco unidades con el fin de enajenarlo, arrendarlo o promocionen la venta o arriendo de habitación o vivienda, sin cumplir unos requisitos mínimos que permitan al aparato estatal ejercer la vigilancia, supervisión y control de dicha actividad. Por tal razón, no resulta aplicable la estimación de los predios segregados como criterio para identificar legalmente al predio matriz o de mayor extensión en zonas urbanas, dado que el acto de fraccionamiento en menos de cinco o en más de cinco es, igualmente calificado, registrado y concordado catastralmente como división jurídica, dando lugar a matrículas inmobiliarias de predios fraccionados y a un predio de mayor extensión, de conformidad con el artículo 50 del Decreto Ley 1250 de 1970.

La segregación se predica, entonces, tanto de uno como de varios predios fraccionados, para determinar el originario como matriz o de mayor extensión, bajo la tesis hasta ahora expuesta. Son supuestos, entonces, indicativos para determinar jurídicamente la existencia de una segregación:

1. La existencia de una porción de terreno originaria, delimitada por su área, linderos, perímetro, cabida y demás elementos que la identifiquen, en cuya extensión no existe discontinuidad, que cuenta además con un folio de matrícula inmobiliaria y, por ende, pertenece a una o varias personas naturales o jurídicas, públicas o privadas o comunidad étnica (artículo 6 del Estatuto del Registro de Instrumentos Públicos).
2. La expedición de una licencia urbanística de subdivisión como requisito esencial y previo al otorgamiento de una escritura pública que implique una actuación de subdivisión.
3. Para el caso de la subdivisión rural, se deben tener en cuenta los requisitos del numeral 1 del artículo 6 del Decreto Nacional 1469 de 2010, esto es:
 - 3.1. El predio se debe encontrar en suelo rural o de expansión urbana (artículos 33 y 32 de la Ley 388 de 1997);
 - 3.2. La accesibilidad a las unidades resultantes debe estar garantizada;
 - 3.3. Si es un predio urbanizable no urbanizado, que carezca de plan parcial, no se podrá subdividir en una extensión inferior a la de la Unidad Agrícola Familiar (UAF) respectiva, conforme con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 160 de 1994.
4. Para el caso de las subdivisiones urbanas, se tendrán en cuenta los siguientes requisitos:
 - 4.1. El predio debe ubicarse en suelo urbano (artículo 31 de la Ley 388 de 1997), y la subdivisión material planteada debe ser acorde con la norma urbana derivada del Plan de Ordenamiento Territorial.
 - 4.2. No podrán ser objeto de subdivisión urbana los predios urbanizables no urbanizados sin que, previamente, se realice la actuación de urbanización, salvo las siguientes excepciones:
 - 4.2.1. Se trate de subdivisiones, particiones o divisiones materiales ordenadas por sentencia judicial en firme;
 - 4.2.2. Se requiera por motivo de la ejecución de obras de utilidad pública;
 - 4.2.3. Se pretenda dividir la parte del predio que esté ubicada en suelo urbano de la parte que se localice en suelo de expansión urbana o en suelo rural.
 - 4.2.4. Existan reglas especiales para subdivisión contenidas en el plan de ordenamiento territorial o los instrumentos que lo desarrollen o complementen (Artículo 5 del Decreto Nacional 1469 de 2010).

4.3. En el caso del reloteo o subdivisión urbana de un predio urbanizado, se aplican, en términos generales, las mismas condiciones señaladas en el numeral 4.1.

Así las cosas, la existencia de un predio se deriva de dos factores ya enunciados: su individualización (área, linderos y, en su defecto, cabida, mojones u otras señas rurales o de antigua usanza), y que cuente con un folio de matrícula inmobiliaria que lo identifique como unidad catastral, tanto en el ámbito registral como en el catastro. Por lo tanto, no resulta coherente regular los actos jurídicos que puedan afectar los derechos y obligaciones que recaen sobre un bien, sin que en ellos exista como necesario paso el sometimiento a la solemnidad del registro de los títulos que creen, modifiquen o generen obligaciones.

Como conclusión se pueden destacar los siguientes principios de la actividad registral, identificados por Velásquez (2008):

- a. 1. Petición registral. El registro de un instrumento solo se puede hacer a petición de parte.
- b. 2. Tracto sucesivo. Se debe indicar en los títulos de adquisición la procedencia inmediata del dominio o del derecho respectivo, con el fin de que aparezca como sujeto activo su verdadero titular (Arts. 1871 y 7 del Decreto - Ley 1250 de 1970, Estatuto del Registro Instrumentos Públicos - ERIP).
- c. 3. Prioridad temporal. Los títulos inscritos en primer lugar gozan de privilegio o superioridad de rango frente a otros que se presenten posteriormente y se inscriben en el orden que son presentados. *Prima in tempore prima in iure*. (Art. 27 del ERIP).
- d. Calificación registral. El registrador de instrumentos públicos solo puede registrar los títulos que reúnan los requisitos establecidos en la ley (Arts. 24 y 37 del ERIP).
- e. Legitimación. Toda anotación realizada en el folio real es auténtica, mientras no se demuestre lo contrario. No obstante, se debe tener en cuenta que de la inscripción

registral no se puede deducir el saneamiento o convalidante de títulos defectuosos o nulos (Arts. 43 y 44 del ERIP).

1.1.1. Registro e inmuebles en la Ley 1448 de 2011

Determinado el papel preponderante que tiene el registro respecto de los bienes inmuebles, no solo para la transmisión de la propiedad o la generación de gravámenes, sino también para predicar la existencia legal del inmueble; resulta entonces de interés el análisis de los efectos del conflicto armado interno sobre este sistema de transmisión de la propiedad inmueble, cuando el registro es utilizado como mecanismos para legitimar ante terceros la fuerza ejercida sobre el consentimiento de los propietarios víctimas de la extorsión o usurpación de los actores armados. ¿Justifica ello para las víctimas la transmisión de su legítima propiedad, usurpada por la fuerza, utilizando mecanismos de hecho, como el de los documentos privados no registrados?

La respuesta, evidentemente, debe ser negativa, porque un propietario que abandona el sistema de registro es claramente un fenómeno de alegación, y constituye un mecanismo de involución económica y de legitimación tácita del actuar de los victimarios. No obstante, ello comúnmente ha ocurrido en el entorno colombiano generando un mercado negro, caracterizado también por un fenómeno paralelo, como es la realización de diversas tradiciones gestadas por el usurpador o victimario durante mas de veinte años de conflicto, en aras de obtener una explotación económica mayor del bien ilegalmente obtenido, dificultando, con el paso del tiempo, el reconocimiento de su responsabilidad civil y penal de sus acciones frente a su víctima, y los terceros de buena fe que amparados en su derecho han adquirido derechos de propiedad sobre los inmuebles usurpados.

En efecto, en una síntesis realizada de su *best seller The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else* Soto afirma que

(...) Cualquier activo cuyos aspectos económicos y sociales no están fijados en un sistema de propiedad formal es sumamente difícil de mover en el mercado. ¿Cómo controlar las enormes cantidades de activos que cambian de manos en una economía moderna de mercado si no es mediante un proceso de propiedad formal? Sin ese sistema, cualquier compraventa de un activo, digamos de una propiedad inmueble, exigiría un enorme esfuerzo, comenzando por la determinación de los elementos básicos de la transacción: ¿Es el vendedor dueño del inmueble y tiene derecho a transferirlo? ¿Puede comprometerlo o empeñarlo? ¿Será aceptado el nuevo propietario como tal por quienes hacen efectivos los derechos de propiedad? ¿Cuáles son los medios de los que se dispone para excluir a otros reclamantes? A esto se debe que fuera de Occidente la mayor parte del intercambio comercial de activos se circunscriba a círculos locales de amigos y conocidos.

El principal problema de los países en desarrollo y de los que fueron comunistas no es la falta de espíritu empresarial: en los últimos 40 años los pobres han acumulado millones de millones de

dólares en bienes raíces. De lo que carecen los pobres es de un fácil acceso a los mecanismos de propiedad que les permita aprovechar legalmente el potencial económico de sus activos para producir, afianzar o garantizar mayor valor en un mercado de nuevas dimensiones (Soto, 2000).

¿Cómo devolver los derechos derivados de la legítima propiedad de las víctimas sin sacrificar el sistema registral de inmuebles en Colombia?

Al respecto, el mejor mecanismo de solución del problema es afianzando o “entrelazando” el mercado negro o alegal generado por el conflicto a un sistema registral especial que sea capaz de restablecer el estado legítimo del derecho de propiedad sobre los inmuebles usurpados, volcando nuevamente el mercado inmobiliario al sistema de títulos.

Tal afirmación encuentra asidero en el estudio de caso de Soto sobre el mercado empresarial e inmobiliario de Tanzania, África (Soto, 2009), del cual se identifican los siguientes problemas y propuestas de solución comunes a los países subdesarrollados o en vía de desarrollo, con situaciones concomitantes o de postconflicto como Colombia, así:

PROBLEMAS	SOLUCIONES
1. La mayoría de los derechos de propiedad no están estipulados por escrito o estandarizados, a fin de facilitar su búsqueda, uso y discriminación entre similitudes o diferencias.	1. Clasificación de los documentos extralegales, de manera que contribuyan a crear un sistema de propiedad legal, inclusivo y plenamente extendido; por ejemplo, definiendo el valor probatorio de los documentos que formalizan la propiedad.
2. La información de las transacciones económicas se encuentra dispersa por toda la Nación, sin coordinación y desconectada del sistema de registro.	2. Armonizar los registros actuales con las transacciones extralegales que involucren activos inmobiliarios, mediante la fijación de un procedimiento simplificado, descentralizado, masivo que georeferencie la información obtenida y las disposiciones legales aplicables a dicha franja del territorio.
3. Los procedimientos de registro son innecesariamente onerosos y complejos para los propietarios y víctimas pobres.	3. Creación de instrumentos legales que protejan los derechos de la población más vulnerable (mujeres, niños y ancianos) en las prácticas de propiedad inmobiliaria extra e ilegal resultado del conflicto.

4. La ausencia y la incertidumbre del registro de la propiedad inmobiliaria genera limitaciones a la bancarización de su explotación económica (créditos, hipotecas y servicios públicos y privados).	4. Diseño de mecanismos especiales para que, de manera continua, se mejoren y simplifiquen las regulaciones que rigen todas las relaciones y trámites entre el Estado y los negocios formalizados, a fin de mejorar el marco institucional, la actividad empresarial y la asignación inequívoca de los derechos de propiedad.
5. Dado que los procedimientos asociados al registro de la propiedad, vinculados con su uso y goce, son también demorados, complejos y costosos; los inmuebles no generan gran liquidez; es decir que no son fácilmente transformados, transferidos, combinados, explotados, divididos o puestos en garantía.	

Tales medidas han sido adoptadas por el Estado colombiano con la expedición de la Ley de

Víctimas, Ley 1448 de 2011 y, en particular, sus artículos 3, 5, y 75 al 79; así:

SOLUCIONES	Ley 1448 de 2011
1. Clasificación de los documentos extralegales, de manera que contribuyan a crear un sistema de propiedad legal, inclusivo y plenamente extendido; por ejemplo definiendo el valor probatorio de los documentos que formalizan la propiedad.	Inversión de la carga de la prueba, Bastará con la prueba sumaria de la propiedad, posesión u ocupación y el reconocimiento como desplazado en el proceso judicial, o en su defecto, la prueba sumaria del despojo, para trasladar la carga de la prueba al demandado o a quienes se opongan a la pretensión de la víctima en el curso del proceso de restitución, salvo que estos también hayan sido reconocidos como desplazados o despojados del mismo predio.
2. Armonizar los registros actuales con las transacciones extralegales que involucren activos inmobiliarios, mediante la fijación de un procedimiento simplificado, descentralizado, masivo que georeferencie la información obtenida y las disposiciones legales aplicables a dicha franja del territorio. Se sugiere revisar la fuente Contaduría General de la Nación, pues sobre este aspecto hay reglamentación.)	El “Registro de tierras despojadas y abandonadas forzosamente” es un instrumento para la restitución de tierras, consagrado por el artículo 75 y subsiguientes, en donde además de los inmuebles se deben inscribir las personas que fueron despojadas de sus tierras u obligadas a abandonarlas y su relación jurídica con estas, determinando con precisión los predios objeto de despojo, en forma preferente mediante georreferenciación, así como el período durante el cual se ejerció influencia armada en relación con el predio. Una vez recibida la solicitud de inscripción de un predio en el registro por la parte interesada o iniciado el trámite de oficio, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas comunicará de dicho trámite al propietario, poseedor u ocupante que se encuentre en el predio objeto de registro, a fin de que pueda aportar las pruebas documentales que acrediten la propiedad, posesión u ocupación de dicho predio de buena fe, conforme a la ley. Esta Unidad tiene un término de sesenta (60) días, contados a partir del momento en que acometa el estudio para decidir sobre su inclusión en el Registro. Este término podrá ser prorrogado hasta por treinta (30) días, cuando existan o sobrevengan circunstancias que lo justifiquen. La inscripción de un predio en el registro de tierras despojadas será requisito de procedibilidad para iniciar la acción de restitución a que se refiere este Capítulo.

	<p>La Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas tendrá acceso a todas las bases de datos sobre las víctimas de despojo o abandono forzado, del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y de los catastros descentralizados, de las notarías, del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, de la Superintendencia de Notariado y Registro, de las oficinas de registro de instrumentos públicos, entre otros.</p> <p>Para estos efectos, las entidades dispondrán de servicios de intercambio de información en tiempo real con la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, con base en los estándares de seguridad y políticas definidas en el Decreto 1151 de 2008 sobre la estrategia de Gobierno en Línea.</p> <p>En los casos en que la infraestructura tecnológica no permita el intercambio de información en tiempo real, los servidores públicos de las entidades y organizaciones respectivas, deberán entregar la información en el término máximo de diez (10) días, contados a partir de la solicitud. Los servidores públicos que obstruyan el acceso a la información o incumplan con esta obligación incurrirán en falta gravísima, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.</p> <p>En relación con los predios inscritos en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente se tendrán en cuenta las siguientes presunciones, consagradas en el artículo 77:</p> <p>1. Presunciones de derecho en relación con ciertos contratos. Para efectos probatorios dentro del proceso de restitución, se presume de derecho que existe ausencia de consentimiento, o causa ilícita, en los negocios y contratos de compraventa o cualquier otro mediante el cual se transfiera o se prometa transferir un derecho real, la posesión u ocupación sobre el inmueble objeto de restitución, celebrados durante el periodo previsto en el artículo 75, entre la víctima de este, su cónyuge, compañero o compañera permanente, los familiares o mayores de edad con quienes conviva, sus causahabientes con las personas que hayan sido condenadas por pertenencia, colaboración o financiación de grupos armados que actúan por fuera de la ley cualquiera que sea su denominación, o por narcotráfico o delitos conexos, bien sea que estos últimos hayan actuado por sí mismos en el negocio, o a través de terceros. La ausencia de consentimiento en los contratos y negocios mencionados en este numeral genera la inexistencia del acto o negocio de que se trate y la nulidad absoluta de todos los actos o negocios posteriores que se celebren sobre la totalidad o una parte del bien.</p> <p>2. Presunciones legales en relación con ciertos contratos. Salvo prueba en contrario, para efectos probatorios dentro del proceso de restitución, se presume que en los siguientes negocios jurídicos hay ausencia de consentimiento o de causa lícita, en los contratos de compraventa y demás actos jurídicos mediante los cuales se transfiera o se prometa transferir un derecho real, la posesión o la ocupación sobre inmuebles siempre y cuando no se encuentre que la situación está prevista en el numeral anterior, en los siguientes casos:</p>
--	--

	<p>a. En cuya colindancia hayan ocurrido actos de violencia generalizados, fenómenos de desplazamiento forzado colectivo, o violaciones graves a los derechos humanos en la época en que ocurrieron las amenazas o hechos de violencia que se alega causaron el despojo o abandono, o en aquellos inmuebles en donde se haya solicitado las medidas de protección individuales y colectivas relacionadas en la Ley 387 de 1997, excepto en aquellos casos autorizados por la autoridad competente, o aquellos mediante el cual haya sido desplazado la víctima de despojo, su cónyuge, compañero o compañera permanente, los familiares o mayores de edad con quienes convivía o sus causahabientes.</p> <p>b. Sobre inmuebles colindantes de aquellos en los que, con posterioridad o en forma concomitante a las amenazas, se cometieron los hechos de violencia o el despojo se hubiera producido un fenómeno de concentración de la propiedad de la tierra en una o más personas, directa o indirectamente; sobre inmuebles vecinos de aquellos donde se hubieran producido alteraciones significativas de los usos de la tierra como la sustitución de agricultura de consumo y sostenimiento por monocultivos, ganadería extensiva o minería industrial, con posterioridad a la época en que ocurrieron las amenazas, los hechos de violencia o el despojo.</p> <p>c. Con personas que hayan sido extraditadas por narcotráfico o delitos conexos, bien sea que estos últimos hayan actuado por sí mismos en el negocio, o a través de terceros.</p> <p>d. En los casos en los que el valor formalmente consagrado en el contrato, o el valor efectivamente pagado, sean inferiores al cincuenta por ciento del valor real de los derechos cuya titularidad se traslada en el momento de la transacción.</p> <p>e. Cuando no se logre desvirtuar la ausencia de consentimiento en los contratos y negocios mencionados en alguno de los literales del presente artículo, el acto o negocio de que se trate será reputado inexistente y todos los actos o negocios posteriores que se celebren sobre la totalidad o parte del bien estarán viciados de nulidad absoluta.</p> <p>f. Frente a propiedad adjudicada de conformidad con la Ley 135 de 1961 y el Decreto 561 de 1989, a empresas comunitarias, asociaciones o cooperativas campesinas, cuando con posterioridad al desplazamiento forzado se haya dado una transformación en los socios integrantes de la empresa.</p> <p>3. Presunciones legales sobre ciertos actos administrativos. Cuando la parte opositora hubiere probado la propiedad, posesión u ocupación, y el posterior despojo de un bien inmueble, no podrá negársele su restitución con fundamento en que un acto administrativo posterior legalizó una situación jurídica contraria a los derechos de la víctima. Para efectos probatorios dentro del proceso de restitución, se presume legalmente que tales actos son nulos. Por lo tanto, el juez o Magistrado podrá decretar la nulidad de tales actos. La nulidad de dichos actos produce el decaimiento de todos los actos administrativos posteriores y la nulidad de todos los actos y negocios jurídicos privados que recaigan sobre la totalidad del bien o sobre parte del mismo.</p> <p>4. Presunción del debido proceso en decisiones judiciales. Cuando el solicitante hubiere probado la propiedad, posesión u ocupación, y el posterior despojo de un bien inmueble, no podrá negársele su restitución con fundamento en que una sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada otorgó, transfirió, expropió, extinguió o declaró la propiedad a favor de un tercero, o que dicho bien fue objeto de diligencia de remate, si el respectivo proceso judicial fue iniciado entre la época de las amenazas o hechos de violencia que originaron el desplazamiento y la de la sentencia que da por terminado el proceso de que trata esta ley.</p>
--	---

	<p>Para efectos probatorios dentro del proceso de restitución, se presume que los hechos de violencia le impidieron al despojado ejercer su derecho fundamental de defensa dentro del proceso a través del cual se legalizó una situación contraria a su derecho. Como consecuencia de lo anterior, el juez o Magistrado podrá revocar las decisiones judiciales a través de las cuales se vulneraron los derechos de la víctima y a ordenar los ajustes tendientes a implementar y hacer eficaz la decisión favorable a la víctima del despojo.</p> <p>5. Presunción de inexistencia de la posesión. Cuando se hubiera iniciado una posesión sobre el bien objeto de restitución, durante el periodo previsto en el artículo 75 y la sentencia que pone fin al proceso de que trata la presente ley, se presumirá que dicha posesión nunca ocurrió.</p>
3. Creación de instrumentos legales que protejan los derechos de la población más vulnerable (mujeres, niños y ancianos) en las prácticas de propiedad in-mobiliaria extra e ilegal resultado del conflicto.	<p>El artículo 3, identifica dos tipos de víctimas, las directas y las indirectas.</p> <p>Son directas aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1° de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al DIH o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de DD HH, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno; que no sean consecuencia de actos de delincuencia común.</p> <p>Son también víctimas directas el o la cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley por el daño sufrido en sus derechos, en los términos del párrafo anterior, pero no como víctimas indirectas por el daño sufrido por los miembros de dichos grupos.</p> <p>Las Indirectas se dividen en cuatro grupos, los familiares de la víctima, los intervinientes en favor de las víctimas, y los miembros de las F.F.A.A. y grupos u organizaciones al margen de la Ley.</p> <p>Familiares. El o la cónyuge, compañero o compañera permanente, parejas del mismo sexo y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida. A falta de estas, lo serán los que se encuentren en el segundo grado de consanguinidad ascendente.</p> <p>Intervinientes. Son también víctimas indirectas las personas que hayan sufrido un daño al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.</p> <p>FF AA Cuando los miembros de la Fuerza Pública sean víctimas, su reparación económica corresponderá por todo concepto al que tengan derecho de acuerdo al régimen especial que les sea aplicable. De la misma forma, tendrán derecho a las medidas de satisfacción y garantías de no repetición señaladas en la Ley 1448 de 2011.</p> <p>Grupos armados al margen de la ley. Los miembros de estos grupos no serán considerados víctimas, salvo en los casos en los que los niños, niñas o adolescentes hubieren sido desvinculados del grupo armado organizado al margen de la ley siendo menores de edad.</p>

	<p>A su vez, y conforme con lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley, concordante con el artículo 93 de la Constitución Nacional, respecto de quienes se les reconozca la condición de víctimas, el Estado aplicará el principio de buena fe respecto de todas las afirmaciones y peticiones de las mismas; inclusive al punto de revelarles de la carga de la prueba de sus afirmaciones o peticiones.</p> <p>En los procesos en los que se resuelvan medidas de reparación administrativa, las autoridades deberán acudir a reglas de prueba que faciliten a las víctimas la demostración del daño sufrido y aplicarán siempre el principio de buena fe a favor de estas.</p> <p>En los procesos judiciales de restitución de tierras, la carga de la prueba se regulará por lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley 1448.</p> <p>Para estar legitimado en la causa por activa para solicitar la restitución de tierras por parte del Estado, la situación de abandono forzoso o despojo de los inmuebles debe haber tenido lugar entre el 1° de enero de 1991 al 10 de junio del 2021.</p> <p>El reconocimiento oficial de la condición de víctima se realiza a partir del registro del solicitante conforme al procedimiento descrito en el artículo 156 de la Ley.</p> <p>Además de lo anterior, para las mujeres, niños y adolescentes víctimas se establecen condiciones de atención preferencial en los artículos 114 y 181.</p>
4. Diseño de mecanismos especiales para que, de manera continua, se mejoren y simplifiquen las regulaciones que rigen todas las relaciones y trámites entre el Estado y los negocios formalizados, a fin de mejorar el marco institucional, la actividad empresarial y la asignación inequívoca de los derechos de propiedad.	<p>La Ley contempla además de una detallado conjunto de entidades y organismos que refuerzan el marco institucional de atención integral de las víctimas, un conjunto de mecanismos o medidas tendientes a garantizar la sostenibilidad de la reparación e indemnización integral; en particular en lo referente a las decisiones judiciales de restitución de tierras, así:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Rehabilitación, atención psicosocial y satisfacción de la verdad y la memoria histórica (Arts. 135, 137 y 139). • Garantías de no repetición de los hechos victimizantes (Art. 149). • Competencia permanente de los Jueces y Magistrados con posterioridad a la sentencia de restitución de tierras, con mantenimiento del uso, goce y disposición de los bienes restituidos (Art. 101). • Restitución de vivienda (Art. 123).

1.2. El Registro Mercantil y la libertad de empresa

El concepto de la libertad de empresa se desarrolla dentro del marco dispuesto para su género, la libertad económica, esto es, la facultad de desarrollar una actividad económica para la producción, transformación, circulación,

administración o custodia de bienes o para la prestación de servicios, con el fin de crear, mantener o incrementar el patrimonio económico de quienes la ejercen. Dicha actividad deberá ser lícita (Art. 1524 del Código Civil), independiente y dirigida a la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o la prestación de servicios. La actividad

empresarial debe ser permanente y organizada (Correa, 2008).

El proceso productivo para el desarrollo y comercialización de los bienes y servicios requiere de un conjunto de derechos y bienes necesarios para la gestión empresarial. Dicho conjunto ha sido tipificado por el legislador bajo una unidad económica representativa del patrimonio del comerciante, denominado establecimiento de comercio (Art. 515 C. Co.), y es sobre estos establecimientos que el empresario ejerce los atributos derivados de la libertad económica.

Son componentes de todo establecimiento de comercio (Art. 516 del C. Co. y, arts. 24, 34, 36 y 67 Código Sustantivo del Trabajo):

1. La enseña o nombre comercial y las marcas de productos y de servicios.
2. Los derechos del empresario sobre las invenciones o creaciones industriales o artísticas que se utilicen en las actividades del establecimiento.
3. Las mercancías en almacén o en proceso de elaboración, los créditos y los demás valores similares.
4. El mobiliario y las instalaciones.
5. Los contratos de arrendamiento y, en caso de enajenación, el derecho al arrendamiento de los locales en que funciona si son de propiedad del empresario, y las indemnizaciones que, conforme a la ley, tenga el arrendatario.
6. El derecho a impedir la desviación de la clientela y a la protección de la fama comercial.
7. Los derechos y obligaciones mercantiles derivados de las actividades propias del establecimiento, siempre que no provengan de contratos celebrados exclusivamente en consideración al titular de dicho establecimiento.
8. Los derechos y obligaciones laborales del empresario - empleador, conforme al principio del *ius variandi* y demás consagrados en el artículo 19 del C.S.T.

Son atributos de esta libertad económica aquellos que van dirigidos a la creación, organización y dirección (Correa pp. 473-474) de los diferentes

componentes que integran la actividad empresarial (artículos 20 al 23 C.Co.), y, en su defecto, los componentes del concepto de establecimiento de comercio. Ejemplo de ello, se encuentra en la autonomía con la cual se cuenta para situar los locales de los establecimientos en un territorio, definir el horario comercial y laboral de estos y de sus dependientes, la dirección de la producción y/o prestación de los bienes y servicios (qué, cuánto y cómo producir o comercializar), entre otras propias a cada sector o mercado.

La posibilidad material y real de ejercer estos atributos constituye el núcleo esencial de la libertad empresarial.

La intervención del Estado en la actividad empresarial, en cualquiera de las actividades propias de sus funciones públicas (Ej. legislativa), tiene unos límites constitucionalmente fijados, en aras de no afectar injustificadamente su núcleo esencial, integrado por los atributos de esta libertad económica, antes referidos. Al respecto, la Sala Plena de la Corte Constitucional (Sentencia C-070 de 2004) ha señalado:

1. La intervención en las libertades económicas debe realizarse por ministerio de la ley;
2. La ley no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa;
3. Debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía (función social y ecológica);
4. Debe obedecer al principio de solidaridad; y
5. Debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Lo anterior, conforme al marco de intervención fijado por el numeral 21 del artículo 150 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 333, 334 y 58 Constitución.

Por lo anterior, la naturaleza jurídica del registro mercantil debe corresponder a

(...) un instrumento de publicidad para la vida comercial, cuyo objeto es permitir al público el conocimiento de ciertos datos

relevantes para el tráfico mercantil. Algunos hechos y actividades de esta naturaleza producen efectos no sólo entre la partes, sino también frente a terceros, por lo cual, por razones de seguridad jurídica, es menester que exista un mecanismo para su conocimiento público.

Es decir, que el registro mercantil, a la luz del artículo 26 del C. Co., tiene un fin meramente publicitario que conlleva el ejercicio de una facultad netamente administrativa, más no se encuentra concebido para convertirse en un mecanismo de restricción libertaria y, por tanto, constitutivo para el ejercicio del comercio.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la *obiter dictum* de la sentencia del 3 de octubre de 1994 ha establecido que

En los casos de ausencia de norma legal expresa que autorice la abstención, las cámaras de comercio se verían avocadas a registrar todo acto sometido a su consideración, sin lugar a determinar por inferencia lógica sobre su eficacia, existencia o sobre el cumplimiento de los requisitos formales exigidos por la ley para la procedencia del registro.

Es así, como el Decreto Ley 410 de 1971, Código de Comercio colombiano, concibe al registro mercantil como un mecanismo de publicidad ante cualquier tercero y de control secuencial de todos los actos, libros y documentos de la actividad comercial (Art. 26 C. Co.). Frente a ello, existen dos excepciones útiles para analizar la naturaleza del registro mercantil, la sociedad sin capacidad de ejercicio y la sociedad de hecho.

El primero, se refiere a aquellas sociedades cuyo acto de constitución carece de la solemnidad del registro mercantil frente al acto de constitución y, por ende, conlleva legalmente a reconocer la existencia de una persona jurídica, sin capacidad de ejercicio, en la cual el administrador responde

ante los “socios” y ante terceros como persona natural (Art. 116 C. Co.). En igual sentido, los socios responderán como individuos legalmente considerados frente a terceros, debido a que el contrato social es inoponible (Art. 112 C. Co.); no obstante, su responsabilidad es subsidiaria en relación con la del administrador, siguiendo el mismo mandato inicial, según el cual se reconoce la existencia de la persona jurídica comercial más no su eficacia.

El segundo, ocurre frente al incumplimiento de una formalidad previa al registro, como lo es la suscripción del contrato social sin el otorgamiento ante un notario público de una escritura. Surge un tipo de sociedad, denominada por el artículo 498 del Código de Comercio, como de hecho, puesto que carece de personería jurídica, y sus asociados responden solidariamente entre sí ante terceros.

Para ambos casos, no existen implicaciones de la falta de solemnidades que impidan hablar de la posibilidad de ejercer los derechos de propiedad respecto a los activos que integran la actividad empresarial, sino que se hace una redistribución respecto de los efectos de las obligaciones de los cuasi-asociados. De ahí que el registro mercantil tenga por objeto el control sobre los actos del comerciante y los que recaigan en el establecimiento de comercio, más no el otorgamiento de tal condición y, por ende, su limitación en la transferencia de la propiedad.

De lo anterior se infiere que el registro mercantil, al igual que el registro de derechos de autor no crea, ni otorga, ni transfiere el derecho de propiedad sobre el bien, pero sí cumple una función de publicidad y excludibilidad (prohibición de homónimos en la razón social o nombre de las obras, por ejemplo). Aun así resulta razonable, proporcional y legítimo que el Estado, haciendo uso de su potestad configurativa de la ley, establezca requisitos y efectos que limiten su ejercicio, mediante los requisitos del registro (Arts. 28 y 29 C.Co.), buscando una función social y ecológica de la propiedad mas eficaz.

2. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA REGISTRAL COLOMBIANA

Con la incursión de las instituciones como variable relevante en la definición del problema económico, la definición de las reglas que rigen natural o artificialmente el comportamiento del libre mercado se enfrasan ya no solamente en una discusión de modelos econométricos en búsqueda del óptimo eficiente, sino que han trascendido, ¿o retornado?, a una lectura compartida con la política económica.

La doctrina del neoinstitucionalismo económico, inspirada en los postulados de Douglass C. North, Ronald Coase, Oliver Williamson, entre otros, reconoce la importancia de los precios de los insumos, los bienes y los factores de producción como resultado de las relaciones de intercambio de los agentes económicos, así como la relación de estos con los agregados económicos propios del estudio de la macroeconomía; no obstante, atribuye igual relevancia al análisis de los derechos de propiedad que ostentan los dueños sobre los insumos y bienes; así como a los mecanismos de intercambio de dichos derechos, los costos de transacción y el papel de las instituciones en ello.

Para Ayala se entiende por institución al

(....) conjunto de reglas que articulan y organizan las interacciones económicas, sociales y políticas entre los individuos y los grupos sociales. (...) Un conjunto de reglas sólo se transforma, *strictu sensu*, en institución cuando se comparte su conocimiento y se acepta su cumplimiento, voluntariamente o coercitivamente impuesto por el Estado (Ayala, 2005).

De ahí que el objeto central del Teorema de Coase, base del neoinstitucionalismo económico, indique que el resultado es siempre eficiente cuando dos partes, de naturaleza privada, se encuentran afectadas por externalidades negativas y pueden negociar, sin incurrir en costos de transacción e independientemente de

quien sea jurídicamente responsable del daño. Por ende, las instituciones son eficientes, si la carga del ajuste de los derechos de propiedad derivado de la controversia entre las partes se encuentra en manos de aquellos que lo pueden lograr solucionar al menor costo posible.

Lo que en palabras de Ronald H. Coase (1960) se refiere a que “(...) si las transacciones de mercado no representaran ningún coste, las decisiones de los juzgados respecto de la responsabilidad por daños no tendrían efectos sobre la distribución de los recursos.”

Siguiendo la misma lógica del planteamiento, Cooter y Ulen destacan que

(...) cuando los costos de transacción son nulos, un uso eficiente de los recursos proviene de la negociación privada, cualquiera que sea la asignación legal de los derechos de propiedad; cuando los costos de transacción son lo suficientemente elevados para impedir la negociación, el uso eficiente de los recursos dependerá de la manera en que se asignen los derechos de propiedad (Cooter & Ulen, 1998).

De ahí que el origen de la escuela neoinstitucional de los derechos de propiedad se encuentra en reconocer la importancia del intercambio de los mismos y las instituciones que aseguran esas transacciones.

Del nuevo estudio de la propiedad y las reglas coercitivas o convencionales que la rigen, entre otros temas transversales entre lo jurídico y lo económico, surge una nueva corriente metodológica del análisis de la ley, denominada análisis económico del derecho.

En palabras de Mercurio y Medema (2006), el Análisis Económico del Derecho (AED) consiste en la aplicación de la teoría económica, fundamentalmente la microeconomía y la economía del bienestar, en el estudio de la formación, estructura, proceso e impacto económico del derecho y las instituciones jurídicas.

Para Roemer la perspectiva tradicional del AED, promovida por la Escuela de Chicago de la Universidad del mismo nombre, basa el estudio de la ley por medio de los siguientes principios de la metodología del AED clásico:

1. Su objeto de estudio es la ley como un sistema de recompensas y restricciones para los agentes económicos.
2. Determina un componente sistemático de estudio, nunca aleatorio. Por ejemplo, haciendo un símil con la estadística, su objeto de estudio material es la muestra de una población no la población en sí misma.
3. Los agentes económicos solo son motivados por satisfacer su interés.
4. La unidad de análisis es la respuesta humana a la ley y sus efectos totales y marginales.
5. Restringir legalmente la cantidad de bienes y servicios a producir puede afectar a sus sustitutos.
6. Los efectos primarios, secundarios e interacciones derivadas de la respuesta humana a la ley reflejan el resultado generado por la misma más allá de cualquier otro factor (Roemer, 2006).

Ahora bien, vistos los supuestos de la metodología a utilizar, así como el lugar que ocupan en los orígenes de ella los derechos de propiedad, resulta útil adoptar el siguiente plan de trabajo, con el fin de determinar el marco teórico económico de la función pública del registro de bienes, identificando su contenido a través de los siguientes temas:

2.1. La función económica del sistema de propiedad

Desde la perspectiva estatal, el mercado de competencia monopólica es un escenario de intercambio entre oferentes y consumidores que genera un sistema de asignación de recursos, basado en la fijación de precios, cuya mayor disyuntiva consiste en equilibrar la barrera natural para la coexistencia social entre la eficiencia (utilidad/máximo beneficio) y la equidad (distribución en igualdad de proporciones y calidad).

El incentivo de los agentes está basado en la expectativa de satisfacer con un bien o servicio su necesidad y/o su utilidad, en una proporción aceptable frente a la valoración que han hecho del beneficio esperado. Por tal razón, carecerían de sentido las relaciones de intercambio si de ellas no se derivará un efecto cierto de disponer a su arbitrio del bien o servicio obtenido con las relaciones de intercambio.

De ahí, se afirma que la asignación de los derechos de propiedad respecto de los bienes y servicios genera un incentivo a trabajar en los agentes económicos, cuyo principal fin será la obtención de la utilidad o el máximo beneficio esperado mediante la obtención de los derechos de propiedad necesarios para ello (Shavell, 2003).

En ese orden de ideas, aquello que ha implicado un costo en su obtención genera también un incentivo para que los agentes valoren su derecho de propiedad en la conservación o mejoramiento del bien o derecho (*physical or intangibles goods*) sobre el cual recae su dominio (Shavell, 2003). Cuando el beneficio que se percibe de la propiedad sobre un bien es inferior a la expectativa cierta de obtener una utilidad mayor en la transferencia del dominio a otro, y su propietario ha observado las características anteriores (su adquisición mediante el sistema de intercambio legítimamente reconocido que incentiva el trabajo, y ha cuidado y mejorado el bien, de tal manera que cumple el fin para el cual se ha producido), se incentiva la transferencia del bien generando un ciclo alrededor del principio.

Es por lo anterior, que resulta económicamente eficiente la expropiación estatal, porque si bien es cierto el derecho de propiedad es perpetuo en la titularidad que puede ostentar un sujeto de derecho, dicho derecho, en su reconocimiento constitucional, está condicionado al cumplimiento de una función dinamizadora en la economía (Shavell, 2003).

2.2. ¿Qué puede ser objeto de propiedad?

Para determinar el objeto material de los derechos de propiedad, desde el punto de vista

económico, resulta útil identificar previamente las clases de bienes.

En dicha identificación, se deberán tener en cuenta dos características distintivas, la

rivalidad y la exclusión. Un bien es excluible cuando es posible impedir que lo utilice una persona. Un bien es rival cuando su uso por parte de una persona reduce su uso por parte de otra.

	¿Rival?	
	SI	NO
¿Excluible?	SI	Resultado de monopolios naturales Ejemplos: protección contra incendios, TV por cable, carretera de peaje no congestionada.
	NO	Bienes públicos. Ejemplos: defensa, justicia y seguridad nacional, conocimientos,

Fuente: (Gregory, 1999, p. 210).

Los bienes privados, en su forma más pura, son rivales y excluibles, porque su uso o consumo impide el uso o consumo por parte de otro. Los bienes públicos no son ni excluibles ni rivales porque es imposible impedir que el uso de alguien limite el uso de otra persona; y su uso no reduce el uso de otra persona. Los recursos comunes, también conocidos monopolios públicos puros, son rivales pero no excluibles, es decir, su uso por parte de una persona reduce el uso por parte de otra; pero es imposible impedir que lo utilicen todas las personas a la vez.

Los monopolios naturales son excluibles, pero no rivales; es decir, que es posible impedir que otra persona lo use, pero su uso por parte de una persona no reduce el uso de otra.

Así las cosas, solo sobre los bienes privados, los monopolios y/o monopsonios, y los monopolios naturales podrán recaer derechos de propiedad; porque los bienes públicos y los recursos comunes están destinados a ser gratuitos y, por tal razón, no existe alrededor de ellos ningún incentivo para trabajar para su adquisición; por ende, tampoco para

su transferencia ni para su cuidado o mejoramiento, lo cual conlleva a que su titularidad se encuentra en cabeza de todos (gratuito) y en su uso sean frecuentemente desperdiciados, y con el paso del tiempo, destruidos por el despilfarro o la extinción.

Esta última situación es conocida en la teoría económica como la tragedia de los comunes.

Al respecto, el biólogo estadounidense Hardin (1968) señala “La ruina es el destino hacia el cual todos los hombres se precipitan, persiguiendo cada uno su propio interés en una sociedad que cree en la libertad de los bienes comunes”.

3. CONCLUSIONES

La utilidad del registro público de bienes radica en que da mayor seguridad al que adquiere, respecto a la exclusividad de su derecho, a partir del cumplimiento de una solemnidad; es decir, la solemnidad hace más excluyente el acceso a los elementos del domino sobre un bien frente al resto de no propietarios.

La existencia del registro público de bienes para el propietario solo se justifica en la medida en que la utilidad marginal (oportunidad y publicidad de la tradición) sea mayor al costo marginal (trámites, impuestos y tasas) del mismo. Ello explica por qué existe también la solemnidad en la tradición de algunos bienes muebles e incorpóreos (naves, aeronaves, etc) a los cuales el legislador ha atribuido una importancia económica similar a la de los inmuebles. No obstante, no se predica de todos los bienes, en razón a que limitar su tradición a un registro solemne iría en Colombia en contravía de los mecanismos propios del modo, por ejemplo, de los muebles (Art. 754 C.C.), y generaría una utilidad marginal inferior a los costos de transacción, aunado a la imposibilidad física de llevar un registro público de todo cuanto es susceptible de propiedad.

No obstante lo anterior, en derechos reales sobre bienes incorpóreos, tales como la propiedad intelectual, la creación de incentivos legales es fundamental para la promoción de la innovación tecnológica y el mantenimiento de la seguridad jurídica para todos los posibles titulares de derecho existentes, conforme al artículo 4 de la Ley 23 de 1982, mediante mecanismos jurídicos de excludibilidad frente a terceros, como son respecto a los derechos de autor, los derechos morales y patrimoniales; por tal razón, el artículo 193 de la misma Ley 23 reconoce en el registro de derechos de autor el mecanismo que otorga la publicidad ante terceros y la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio de los derechos del autor; no obstante, establecer en la misma norma el surgimiento de los derechos de autor sobre la obra o producción al momento de la creación intelectual sin requerir de ningún otro formalismo jurídico.

REFERENCIAS

- Ayala, J. (2005). *Instituciones y Economía. Una introducción al Neoinstitucionalismo económico*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- Bouckaert, B. (2010) Title systems and recordation of interests. En Bouckaert, B. (ed.). *Property Law and Economics. Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. 5. Cheltenham (Reino Unido): Edward Elgar Publishing Limited.
- Coase, R. H. (1960). The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, 3.
- Código Civil Colombiano. Arts. 669, 670, 754, 1524, 1394 y 1871.
- Código Sustantivo del Trabajo. Arts. 19, 24, 34, 36 y 67.
- Consejo de Estado. Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo. (3 de octubre de 1994). Expediente No. 2838, Consejero Ponente: Yesid Rojas Serrano.
- Constitución Política de Colombia. Arts. 14, 16, 26, 38, 39, 53 al 58, 83, 94, 333, 334 al 338 y 365.
- Cooter, R., & Ulen, T. (1998). *Derecho y Economía*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- Correa, M. (2008). *Libertad de empresa en el Estado Social de Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-006 de 2002. Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-070 de 2004. Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-425 de 1992. Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (16 de diciembre de 2004). Expediente No. 7870. Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
- Decreto Ley 1250 de 1970. Estatuto del Registro Instrumentos Públicos. Arts. 7, 24, 37 y 50.
- Decreto Ley 410 de 1971. Código de Comercio Colombiano. Arts. 20 al 23, 28, 29, 112, 116, 498, 515 y 516.
- Decreto Nacional 1711 de 1984. Arts. 3 y 4.

Decreto Nacional 4065 de 2008. Art. 2

Furuboth, E. G., & Richter, R. (2005). *The Contribution of the New Institutional Economics*. University of Michigan Press.

Hardin, G. (1968). The Tragedy of Commons. *Science*, 162.

Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC). *Resolución No. 2555 de 1988*. Por la cual se reglamenta la Formación, Actualización de la Formación y Conservación del Catastro Nacional, y subroga la resolución No. 660 del 30 de marzo de 1984. Arts. 9 y 11.

Ley 160 de 1994. Arts. 38, 44 y 45.

Ley 23 de 1982. Art. 193.

Ley 388 de 1997. Arts. 31 al 33.

Ley 66 de 1968. Art. 2.

Gregory, N. (1999). *Principios de Economía*. Madrid: McGraw-Hill,

Mercuro, N., & Medema, S. G. (2006). *Economics*

and the law: from Posner to Postmodernism and beyond. Princeton University: Princeton University Press, 2006.

Ostrom, E. (2000). *Private and Common Property Rights*. *Encyclopedia of Law and Economics*. Disponible en <http://encyclo.findlaw.com/2000book.pdf>.

Roemer, A. (2006). *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.

Shavell, S. (2003). *Foundations of Economic Analysis of Law. Part Two. Property Law*. Harvard University Press.

Soto, H. D. (2000). *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*. New York: Basic Books

Soto, H. D. (2009). *El reto de entrelazar sistemas informales y formales de propiedad. Algunas reflexiones basadas en el caso de Tanzania*,

Velásquez, L. G. (2008). *Bienes*. Medellín: Librería Jurídica COMlibros.